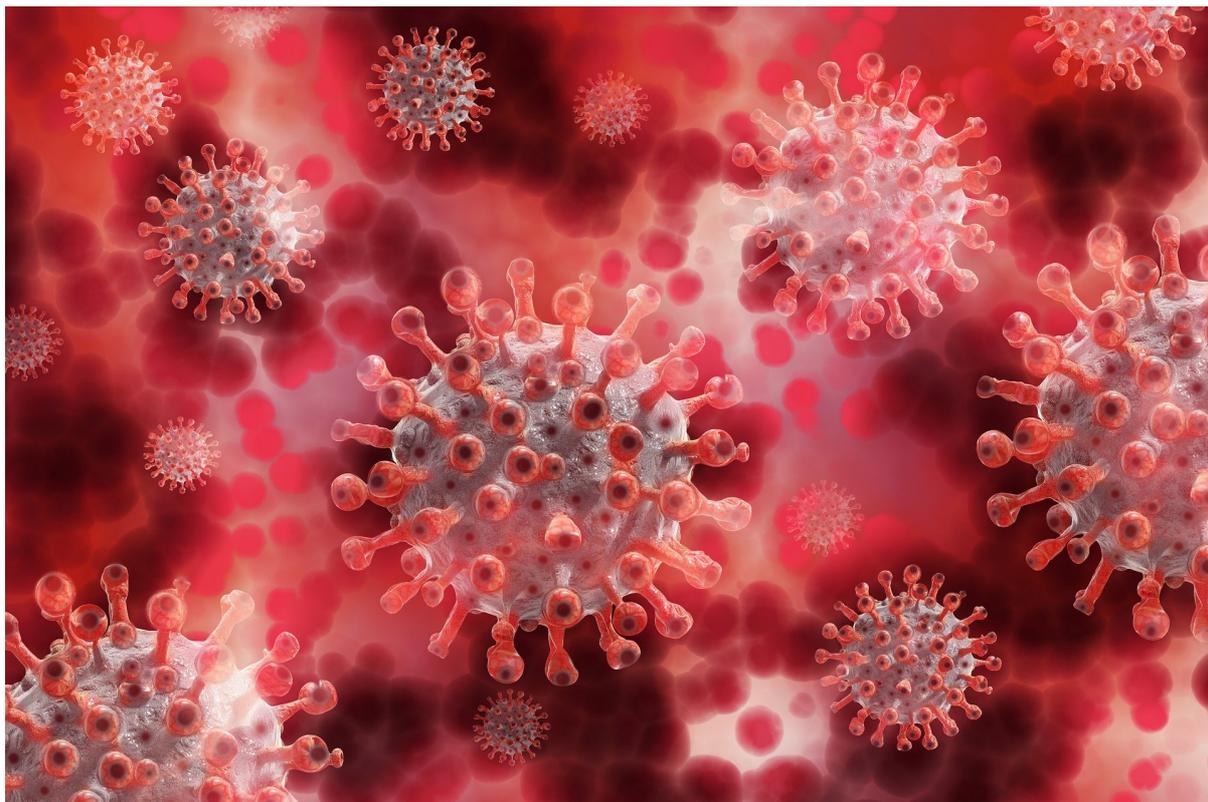


Nova portaria alemã

Corona vírus SARS-CoV-2



Nova portaria alemã prevê a obrigatoriedade da oferta de teste do SARS-CoV-2 por empresas, independentemente do seu tamanho, a seus empregados e funcionários, pelo menos uma vez por semana, se os últimos não tiverem como trabalhar exclusivamente de casa (em home office). A decisão é do *Bundeskabinett*¹, de 13 de abril de 2021, que entrará em vigor terça-feira, 20 de abril. A obrigatoriedade de fazer o teste por parte de empregados e funcionários é inexistente. O mesmo se dá quanto à necessidade por parte do empregador de documentar se os funcionários aceitam ou não a oferta.

¹ O *Bundeskabinett* alemão, também referido como Gabinete Federal ou *Bundesregierung*, é o corpo executivo do Governo Federal da Alemanha, composto de acordo com o art. 62 da Constituição da República Federal da Alemanha pelo/pela Primeiro/a-Ministro/a e os Ministros dos Estados.

Artikel 62 GG- Die Bundesregierung besteht aus dem Bundeskanzler und aus den Bundesministern.

Segunda Portaria do Ministério Federal do Trabalho e Assuntos Sociais²

De acordo com a exposição de motivos da segunda portaria do Ministério Federal do Trabalho e Assuntos Sociais, o atual aumento das infecções com a variante do vírus SARS-Cov-2 aumenta o risco de infecção também nas empresas. Os testes (como, por exemplo, os rápidos de antígenos) são uma ferramenta adequada e importante para combater a pandemia. Quanto mais freqüentemente os testes forem realizados e quanto mais cedo um resultado de teste estiver disponível, mais rápida e efetivamente a propagação do vírus em empresas poderá ser reduzida ou evitada.

Em empresas, os testes são considerados um complemento necessário à provisão nacional de capacidades de testes para todos os cidadãos na área de controle de infecções. Por esta razão, a Portaria SARS-CoV-2 sobre Saúde e Segurança no Trabalho³ foi estendida e complementada com a obrigação do oferecimento de testes dirigidos aos empregados e funcionários pelos empregadores.

Solução apresentada pela Portaria

Até agora, durante as fases de lockdown, que previa um encerramento quase completo da vida pública, muitas empresas mantiveram, ainda assim, suas atividades em funcionamento. Entretanto, uma redução efetiva do risco de infecção com as variantes do vírus SARS-CoV-2 só é possível de acordo com a Portaria se, simultaneamente com o encerramento da vida pública, também forem tomadas medidas necessárias no ambiente do trabalho para evitar uma maior propagação do vírus. Para todas as empresas, instituições e administrações na Alemanha, cujos funcionários não trabalhem de casa, é portanto obrigação do empregador oferecer a cada um dos mesmos, um teste para averiguação de contaminação com o vírus SARS-CoV-2⁴, pelo menos uma vez por semana. Particularmente nas empresas onde existe um grande número de contatos, a possibilidade de transmissão surge quando os

² *Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Zweite Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung*, páginas 1 a 10.

³ Nesse artigo ora descrita apenas como Portaria, ora como Regulamento de Saúde e Segurança Ocupacional SARS-CoV-2 ou ainda como Portaria SARS-CoV-2 sobre Saúde e Segurança no Trabalho.

⁴ Nesse artigo também descrito como corona-vírus, corona-vírus SARS-CoV-2 ou SARS-CoV-2.

funcionários se movimentam dentro do local de trabalho. O caminho de casa e para o local de trabalho também representa um risco de infecção.

No que toca a grupos especiais de funcionários com risco aumentado de infecção relacionada ao trabalho, deve ser oferecido um teste pelo empregador a cada funcionário pelo menos duas vezes por semana. O Ministério Federal do Trabalho e de Assuntos Sociais recomenda funcionários a aceitar as ofertas de testes oferecidas pelos seus empregadores.

Alteração Legal da Portaria SRA-CoV-2 de Saúde e Segurança Ocupacional

A Portaria SARS-CoV-2 de 21 de janeiro de 2021 (BAnz AT 22.01.2021 V1), que foi modificada pelo artigo 1 da Portaria de 11 de março de 2021 (BAnz AT 12.03.2021 V1), foi emendada como segue:

1. O seguinte § 5 foi inserido após o § 4:

§ 5⁵

Testes relacionados à detecção de bacilos diretos do corona-vírus SARS-CoV-2

(1) A fim de reduzir o risco de infecção pelo SRA-CoV-2 no local de trabalho, o empregador deve oferecer aos funcionários que não trabalham exclusivamente em suas casas um teste para detecção direta do bacilo do corona-vírus SRA-CoV-2 pelo menos uma vez por semana.

(2) Em derrogação ao parágrafo 1, o empregador deve oferecer pelo menos dois testes por semana para detecção direta do corona-vírus SARS-CoV-2 aos seguintes empregados:

1. empregados que são colocados em acomodações compartilhadas por ordem do empregador,
2. funcionários que trabalham em condições climáticas em salas fechadas conducentes à transmissão do corona-vírus SARS-CoV-2,
3. trabalhadores em estabelecimentos que prestam serviços pessoais onde o contato físico direto com outras pessoas não pode ser evitado,

⁵ Tradução livre da autora para os fins do propósito desse artigo. Para a versão original em alemão sem o (3) §5, veja a nota de rodapé n° 10.

4. trabalhadores em atividades ocupacionais envolvendo contato com outras pessoas, desde que as últimas não sejam obrigadas a usar proteção bucal/nasal; e

5. funcionários que entram em contato frequente com outras pessoas por razões operacionais.

(3) As provas da obtenção de testes de acordo com os parágrafos 1 e 2 ou acordos com terceiros sobre testes de empregados devem ser mantidas pelo empregador por quatro semanas.⁶

O atual § 5 se tornará o § 6 e as palavras "no final de 30 de abril de 2021" serão substituídas pelas palavras "na data em que a situação epidêmica de importância nacional for levantada pelo Parlamento Alemão, de acordo com o § 5 (1) S. 2 da Lei de Proteção contra Infecções, o mais tardar no final de 30 de junho de 2021".

Destinatários da Portaria SRA-CoV-2 de Saúde e Segurança Ocupacional, o Princípio da Proporcionalidade e a Visão Constitucional

A obrigação no que diz respeito ao novo § 5 da Portaria de Saúde e Segurança Ocupacional refere-se ao empregador, que para cumprir com a norma, precisa oferecer testes de detecção direta do corona-vírus SARS-CoV-2 aos seus empregados ou funcionários, independente do tamanho da empresa ou de sua localização.

Ao menos uma vez por semana o empregador tem a obrigação de oferecer testes rápidos ou auto-testes, de acordo com o que regulamenta a portaria (BMAS).⁷

Essa obrigação de oferecimento de teste não se aplica a empregados ou funcionários que trabalhem exclusivamente de casa (em home office), de forma que esses não possuem a pretensão de realização do teste.

⁶ § 5 (3) *Nachweise über die Beschaffung von Tests nach Absatz 1 und Absatz 2 oder Vereinbarungen mit Dritten über die Testung der Beschäftigten sind vom Arbeitgeber vier Wochen aufzubewahren.*

⁷ *BMAS - Bundesministerium für Arbeit und Soziales: Ministério Federal do Trabalho e Assuntos Sociais.*

Especialmente a empregados e funcionários que trabalhem sob condições de risco, como os que, por cumprindo ordem do empregador

- trabalhem em acomodações compartilhadas,
- em condições climáticas internas (em salas fechadas) conducentes à transmissão do vírus,
- tenham contato com o público,
- prestem serviços em que haja proximidade física com outras pessoas ou
- em atividades ocupacionais envolvendo contato com outras pessoas, desde que as últimas não sejam obrigadas a usar proteção bucal/nasal, o teste precisa ser oferecido pelo empregador duas vezes por semana.

No que diz respeito ao empregado, que uma ou até duas vezes por semana receberá a oferta de se submeter ao teste de detecção do SARS-CoV-2, a aceitação possui caráter voluntário. Apesar disso, empregados e funcionários não têm a liberdade de decidir qual teste desejam fazer, se o de tipo PCR ou auto-teste para verificação da existência do corona-vírus. Assim, o empregador pode decidir cooperar com a farmácia mais próxima de seu escritório ou empresa, ou centro de testes, que aplique o exame em seus funcionários.

O mesmo se dá quanto à decisão da marca do teste, que é unicamente do empregador.⁸

É altamente controversa a possibilidade do empregador ordenar que o empregado ou funcionário se submeta ao teste do corona-vírus. Atualmente, obrigar empregados ou funcionários unilateralmente a se submeterem ao teste, só é possível em alguns estados na Alemanha e, ainda assim, caso o empregado ou funcionário tenha contato direto com clientes, hóspedes ou doentes, ou seja, caso exista uma exposição direta e real ao risco de contaminação. Em todos os demais casos, o empregador depende da vontade de seus empregados de se submeterem ao teste.⁹

Em estados em que não há lei explícita quanto ao empregador poder exigir ou não de seu empregado ou funcionário que se submeta ao teste de detecção do SARS-CoV-2, deve-se levar em conta o princípio da proporcionalidade. O

⁸ A Câmara de Indústria e Comércio da Bavária oferece uma lista de auto-testes que podem ser adquiridos por empregadores. Para maiores informações, clique no link (<https://www.plattform-corona-schutzprodukte.de/Suche>).

⁹ A palavra „teste“ nesse artigo sempre se refere ao teste de detecção do SARS-CoV-2, também conhecido como corona-vírus.

teste do corona-vírus representa uma invasão do direito da personalidade, ou seja, à proteção do direito ancorado no art. 2, (2) da Constituição Federal da República Federal da Alemanha (GG), no qual

„todos têm direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos podem ser interferidos somente com base em uma lei.“¹⁰

Assim, a proteção dos direitos pessoais da personalidade deve ser pesada vis-à-vis aos riscos de infecção que possam existir, diante da recusa da realização do teste do corona-vírus pelos empregados ou funcionários, que exercem profissões em que há contato numeroso com terceiros e maior possibilidade de contaminação. Em caso de dúvida, deve ser examinado pelos tribunais em cada caso individual, se o empregador pode exigir obrigatoriamente os testes de detecção do SARS-CoV-2 de seu pessoal.

Em empresas em que empregados sejam representados por órgão específico (*Betriebsrat*) e o último se decida internamente e em decisão colegiada por escrito, pela obrigatoriedade de realização do teste do corona-vírus pelos empregados, o entendimento acima redigido não se altera. O empregado não é obrigado necessariamente a seguir a decisão do órgão que o representa. Antes ele pode se fazer valer de forma genérica do seu direito da personalidade e, a cada teste semanal oferecido, ao seu direito constitucional de proteção à sua integridade física, podendo com isso, recusar a realização do teste. Caso decida-se em fazê-lo, precisa necessariamente aceitar ter que realizar seu trabalho em home office. Em empresas onde, devido o tipo de atividade laboral exercida, o trabalho de casa não seja possível, em ser colocado em disponibilidade sem remuneração.

Despesas de cumprimento da Portaria

Para a União e os Estados Federados

Para o Governo Federal e os Estados, enquanto empregadores, a Portaria pode dar origem a custos relacionados com a implementação de medidas de controle de infecções, dependendo do tamanho da administração. Para o Governo Federal, estes custos serão cobertos dentro da estrutura dos orçamentos existentes nas seções individuais.

¹⁰ Art. 2, Abs. 2 GG: *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.*

Para os Cidadãos

Para os empregados e funcionários não haverá despesas de cumprimento da Portaria. Os custos de realização do teste de detecção do SARS-CoV-2 deverão ser integralmente cobertos pelo empregador.

Para a Economia

De acordo com a justificativa da Portaria SRA-CoV-2 de Saúde e Segurança Ocupacional, no que toca ao fornecimento prolongado de máscaras de rosto médicas, um custo adicional calculado por semana de uma média de três euros por funcionário é assumido sob as seguintes hipóteses: Que a atividade laboral exercida não seja adequada para ser realizada em escritório domiciliar, que não seja possível fazê-la em home office e que os custos diários adicionais para as máscaras a serem fornecidas por regulamento objeto desse artigo por funcionário não excedem sessenta centavos (levando em conta um consumo de máscaras nasal/ bucal protetoras de três unidades por empregado ou funcionário e por dia). As máscaras de proteção respiratória devem ser fornecidas de acordo com os respectivos conceitos de higiene implementados por cada empresa.

No que diz respeito a ofertas de testes de detecção do SRA-CoV-2, uma despesa adicional aritmética por semana de até dez euros por empregado ou funcionário afetado é assumida sob as seguintes hipóteses: Que a atividade

laboral cumpra os critérios de acordo com o § 5 (1) e (2) Corona-ArbSchV¹¹, que o teste seja realizado como auto-teste - de acordo com os requisitos mínimos do regulamento - e que os custos por teste sejam estimados em cerca de cinco euros.

Durante o período de validade da portaria, que conta aproximadamente 10 semanas, supõe-se que os custos totais únicos de material ascenderão a até cento e trinta euros por funcionário afetado, de acordo com a Seção 5 (1) e (2) Corona-ArbSchV. Com base no compromisso voluntário das associações de empregadores, aproximadamente 60% dos empregados receberão uma oferta correspondente; estes custos adicionais de material devem ser assumidos para as empresas que ainda não fizeram uma oferta para testes, mas que a terão que fazer, de acordo com nova Portaria em vigor .

Levando em consideração a oferta de testes voluntários existente nos locais de trabalho, estima-se que aproximadamente 14,5 milhões de empregados e funcionários atualmente afetados pela necessidade do oferecimento de testes semanais não terão sua oferta de testes existente limitada a um teste único. Estima-se que até 14 milhões de funcionários serão obrigados a receber uma segunda oferta semanal de teste, de acordo com a seção 5(2) da vigente Portaria.

Levando-se em conta as suposições aqui feitas e que são baseadas na justificativa da redação e entrada em vigor da Portaria, estima-se que os custos totais não recorrentes durante o período de validade da norma sejam

¹¹ § 5 SARS-CoV-2-Arbeitschutzverordnung

Tests in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2

- (1) Zur Minderung des betrieblichen SARS-CoV-2-Infektionsrisikos hat der Arbeitgeber Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens einmal pro Kalenderwoche einen Test in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten.*
- (2) Folgenden Beschäftigten hat der Arbeitgeber abweichend von Absatz 1 mindestens zwei Tests pro Kalenderwoche in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten:*
 - 1. den Beschäftigten, die vom Arbeitgeber oder auf dessen Veranlassung in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht sind,*
 - 2. den Beschäftigten, die unter klimatischen Bedingungen in geschlossenen Räumen arbeiten, die eine Übertragung des Coronavirus SARS-CoV-2 begünstigen,*
 - 3. den Beschäftigten in Betrieben, die personennahe Dienstleistungen anbieten, bei denen direkter Körperkontakt zu anderen Personen nicht vermieden werden kann,*
 - 4. den Beschäftigten, die betriebsbedingt Tätigkeiten mit Kontakt zu anderen Personen ausüben, sofern, die anderen Personen einen Mund-Nase-Schutz nicht tragen müssen, und*
 - 5. den Beschäftigten, die betriebsbedingt in häufig wechselnden Kontakt mit anderen Personen treten.*

de até 1,43 bilhões de euros. Além disso, há custos únicos de material para o fornecimento de máscaras de rosto médico de até 1,01 bilhões de euros, também durante o período de validade da Portaria.

Também podem surgir custos materiais pontuais para a implementação de medidas técnicas e organizacionais de proteção contra infecções, que variam dependendo das condições de trabalho existentes e das medidas de proteção contra infecções já tomadas de acordo com o regulamento de saúde e segurança ocupacional SARS-CoV-2 e da atividade realizada em cada caso.

Devido ao nível atual de utilização dos escritórios domiciliares, a extensão do Regulamento de Saúde e Segurança Ocupacional SARS-CoV-2 não deverá resultar em nenhum gasto adicional. Em casos individuais, o fornecimento e uso de uma oferta de escritório em casa pode resultar em custos variáveis, dependendo do respectivo acordo da empresa e do projeto do trabalho em casa, que dependem de decisão empresarial.

Uma possível despesa adicional devida à atualização da avaliação de risco e à implementação das medidas de proteção derivadas não constitui uma despesa adicional nos termos da Lei de Saúde e Segurança Ocupacional.

Os custos de pessoal para a derivação e provisão do conceito de higiene não decorrem da extensão do regulamento.

Como custos únicos por local, foi assumida uma sobretaxa de tempo para a familiarização com o novo regulamento, para o estabelecimento de estruturas de processo correspondentes na empresa. Assumiu-se uma participação no tempo de trezentos minutos com um alto nível de qualificação (com custos salariais médios de 56,40 euros). Para a implementação proporcional, estima-se um tempo de cento e vinte minutos com um alto nível de qualificação e trezentos minutos com um nível de qualificação médio (com custos salariais médios de 32,30 euros), o que também inclui a documentação da oferta de teste de detecção do corona-vírus. No total, estima-se um custo único de conformidade de 555,80 euros por local.¹²

Realização do Teste vis-à-vis ao Horário de Trabalho: Custos Adicionais

A decisão sobre se o teste voluntário dos empregados ou funcionários ocorrerá ou não dentro do horário de trabalho dos mesmos deve ser tomada

¹² A descrição e planilha de custos oriunda da obrigação do fornecimento do teste de detecção do SARS-CoV-2 por empregadores a seus empregados e funcionários pode ser encontrada no site do Bundesministerium für Arbeit und Soziales, www.bmas.de

no âmbito dos acordos da empresa. Quaisquer custos salariais incorridos pelo empregador não são, portanto, levados em consideração neste momento e a cobertura através das despesas salariais existentes tem que ser assumida, de acordo com a orientação dada pela Portaria.

Para o empregador, neste primeiro momento, só existe a obrigação do oferecimento do teste de detecção do corona-vírus. O tempo gasto para a sua realização não conta, portanto, como horário de trabalho. Desta forma, se o empregador decide cooperar com um centro de testes a seus próprios custos, pode informar seu pessoal que se dirija ao local previamente determinado para esse fim, para que se submeta ao teste. Isso significa que, em algumas situações, empregados e funcionários precisem agendar o teste fora de seu horário de trabalho.

Como a matéria é por demais nova e as opiniões se dividem a favor do empregador ou do empregado, pode-se entender que o tempo gasto no agendamento do exame em centros de teste, o tempo de locomoção até o mesmo, assim como o tempo efetivamente utilizado durante a realização do exame, contem como horário de trabalho e, por esse motivo, precisem ser remunerados pelo empregador. Esse entendimento só conquista sustento enquanto o teste tenha sido requerido pelo empregador e seja pautado em norma jurídica substanciada.

Na última hipótese, como o empregador tem um amplo direito de emitir instruções na área relacionada ao tempo de trabalho, ele provavelmente também se justifica, na maioria dos casos, ao exigir que os funcionários cheguem antes do horário de trabalho para realização dos testes. Nessa ocasião, esse tempo conta como tempo de trabalho, devendo o empregador cumprir com as disposições do contrato de trabalho, com a lei que dispõe sobre o horário de trabalho e quaisquer acordos de trabalho, incluindo acordos coletivos. A mera necessidade da realização de testes não obriga o funcionário a fazer horas extras.

Teste de Detecção do SARS-CoV-2 e o Retorno às Empresas

O requerimento da Portaria que exige do empregador o oferecimento de testes de detecção do SARS-CoV-2 a empregados e funcionários não obriga aqueles que trabalhem de casa (em home office) a retornarem às empresas.

De acordo com o BMAS, os regulamentos existentes do Decreto de Saúde e Segurança Ocupacional que regem normas sobre o Corona, foram prorrogados até 30 de junho. Portanto, os empregadores são obrigados a

continuar a oferecendo a possibilidade do home office, se a atividade laboral assim o permitir.

Resultado do Teste de Detecção do SARS-CoV-2

O Ministério da Saúde estadual responsável decide quanto às consequências em casos de resultados de testes positivos. Assim, alguns estados exigem que o empregado se submeta imediatamente após o conhecimento do resultado de um auto-teste positivo a um exame do tipo PCR. Até que o resultado do último seja sabido, está o empregado ou funcionário obrigado ao dever da quarentena, que será de certo prorrogado em caso de resultado de um teste do tipo PCR positivo.

Em qualquer dos casos acima elencados, enquanto não houver uma decisão da autoridade competente, o empregador terá que liberar o empregado ou funcionário do trabalho. Considera-se ainda que o empregador possa até mesmo ser obrigado a fazê-lo, pois a ele cabem deveres correspondentes de cuidado para com os outros empregados que trabalham no mesmo escritório ou empresa e assim, precisa fazer tudo o que está no seu alcance para impedir a contaminação do restante de seu pessoal. Neste caso, entretanto, o empregado ou funcionário não pode ter a sua remuneração cortada. Isto também se aplica se a realização do trabalho em escritório domiciliar não for possível.

Controle do Oferecimento do Teste de Detecção do SARS-CoV-2

Assim como a obrigação de oferecer testes pertence à área da saúde e segurança ocupacional, o cumprimento dos regulamentos de saúde e segurança no trabalho é monitorado pelas autoridades competentes em saúde e segurança no trabalho, que são em particular as inspetorias do trabalho. Os serviços de supervisão das instituições de seguro de acidentes também trabalham para o cumprimento do regulamento.

Sanções Cabíveis pela Falta do Oferecimento do Teste de Detecção do SARS-CoV-2

O dever do oferecimento do teste de detecção do SARS-CoV-2 aos empregados e funcionários é regulado através da Portaria de Saúde e Segurança Ocupacional da matéria relativa ao corona. Em caso de violação desta portaria, os funcionários podem recorrer ao órgão que os representa (*Betriebsrat*, se existente), à autoridade supervisora ou a um advogado.

Se o empregador violar o regulamento de saúde e segurança do trabalho aplicável, ele pode contar com sanções. Cabíveis são multas de até 30.000 euros por infração ou até mesmo o fechamento de empresas ou escritórios.¹³

Alternativas

De acordo com pesquisas recentes¹⁴, apenas seis em cada dez funcionários (61%) recebem de seu empregador uma oferta do teste SARS-CoV-2, de maneira que o Ministério Federal do Trabalho e de Assuntos Sociais não aceita o compromisso da indústria como alternativa à obrigatoriedade do oferecimento do teste a empregados. Em geral, apenas 69% das empresas oferecem ou oferecerão em breve testes regulares a seus funcionários. Segundo o governo alemão, estes números não são suficientes para conter a pandemia, apesar da expansão significativa das ofertas de testes de empresas nas últimas semanas. Dessa forma, não existe alternativa ao cumprimento do que determina a Portaria, no que toca à necessidade de oferecimento do teste de detecção do SARS-CoV-2 pelo empregador a empregados e funcionários.

¹³ Empresas criticam os custos oriundos da Portaria: Um exemplo citado na imprensa é de uma rede de padarias grande (*Ihle*), contando 3.000 funcionários, que estima gastos de 20.000 euros por semana com a obrigação do oferecimento de testes a seus empregados. Uma das dificuldades elencadas pela rede de padarias é a da obtenção dos testes e a burocracia na sua distribuição entre os funcionários. Para isso, veja: <https://www.br.de/nachrichten/bayern/betriebe-muessen-ab-dienstag-mitarbeitern-corona-tests-anbieten,SUwoi1R>

¹⁴ *Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Zweite Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung*, página 1.

Entrada em vigor

A Portaria entra em vigor no quinto dia seguinte ao de sua promulgação, dia 20 de abril de 2021.¹⁵

¹⁵ A Arbeitsschutzverordnung foi promulgada em 15. April 2021. Isso significa que ela será aplicável a partir do dia 20. April 2021.